



Старенький О. С.,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри правосуддя
юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ВИТРЕБУВАННЯ ДОКУМЕНТІВ ЯК ЗАСІБ ОТРИМАННЯ ДОКАЗІВ ЗАХИСНИКОМ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ФОРМИ

У статті за результатами проведеного аналізу положень чинного кримінального процесуального законодавства України, матеріалів правозастосовчої практики, наукових джерел досліджено проблемні питання визначення процесуальної форми витребування документів як засобу отримання доказів захисником у кримінальному провадженні.

Ключові слова: захисник; доказ, витребування документів, адвокатський запит, засада змагальності.

В статті по результатам проведеного аналізу положень действующего уголовного процессуального законодательства Украины, материалов правоприменительной практики, научных источников исследованы проблемные вопросы определения процессуальной формы истребования документов как средства получения доказательств защитником в уголовном производстве.

Ключевые слова: защитник, доказательство, истребование документов, адвокатский запрос, принцип состязательности.

Однією з умов забезпечення ефективності функціонування засади змагальності у кримінальному провадженні є розширення процесуальних засобів отримання доказів захисником. Чинний Кримінальний процесуальний кодекс України (КПК), у порівнянні з КПК України 1960 р., суттєво розширив законні можливості захисника у кримінальному процесуальному доказуванні, надавши йому право

отримувати докази шляхом витребування документів. Так, зокрема, відповідно до ч. 3 ст. 93 КПК України захисник має право отримувати докази у кримінальному провадженні шляхом витребування та отримання речей і документів від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків ревізій, актів перевірок [1].

Не дивлячись на такі досить прогресивні нововведення, результати проведеного аналізу норм глави 4 КПК України та інших його положень дають підстави для висновку, що вітчизняний законодавець не передбачив у чинному КПК України процесуальний порядок витребування захисником документів, що можуть бути використані як докази для забезпечення належного захисту прав, свобод і законних інтересів підозрюваного (обвинуваченого) у кримінальному провадженні. У зв'язку з чим, на практиці виникає низка проблемних питань, які негативно позначаються на можливості використання захисником результатів відповідної процесуальної дії у кримінальному процесуальному доказуванні.

У науковій літературі окремі проблемні питання отримання доказів захисником шляхом витребування документів були предметом наукових пошуків Т.В. Варфоломєєвої, В.К. Волошиної, А.Д. Героева, І.В. Глююк, Ю.М. Грошевого, Р.З. Єнікєєва, Я.П. Зейкана, О.В. Капліної, С.О. Ковальчука, О.Ю. Костюченко, І.С. Краскової, О.Ю. Ланя, Л.В. Макарова, І.Є. Мілової, М.М. Михеєнка, В.Т. Нора, Н.М. Обрізан, А.В. Победкіна, М.А. Погорецького, В.О. Попелюшка, В.С. Попова, В.Ю. Резніка, С.М. Стахівського, М.М. Стоянова, І.І. Схаляхо, О.Ю. Татарова, Л.Д. Удалової, С.С. Чернявського, Ф.Г. Шахкелдова, С.А. Шейфера, М.Є. Шумила, О.Г. Шило, Д.М. Ямбаєвої, О.Г. Яновської, В.В. Ясельської та інших фахівців. Водночас вченими комплексно не розглядалися питання визначення процесуальної форми витребування документів як засобу отримання доказів захисником у кримінальному провадженні.

З огляду на це виникає необхідність у визначенні процесуальної форми витребування документів як засобу отримання доказів захисником у кримінальному провадженні, що і є метою нашої статті.

Необхідно зазначити, що хоча й вітчизняний законодавець й не визначив

у чинному КПК України процесуальний порядок витребування захисником документів у кримінальному провадженні, водночас результати проведеного аналізу матеріалів кримінальних проваджень дають підстави для висновку, що на практиці витребування захисником від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб документів або їх копій здійснюється шляхом подання адвокатських запитів у порядку, передбаченому Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [2].

Згідно з ч. 1 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатський запит – це письмове звернення адвоката до органу державної влади, органу місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, підприємств, установ і організацій незалежно від форми власності та підпорядкування, громадських об'єднань про надання інформації, копій документів, необхідних адвокату для надання правової допомоги клієнту. До адвокатського запиту додаються посвідчені адвокатом копії свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, ордера або доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги. Вимагати від адвоката подання разом із адвокатським запитом інших документів забороняється.

Виходячи з аналізу положень ч. 3 ст. 93 КПК України та ч. 1 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», можемо дійти висновку, що захисник як суб'єкт доказування у кримінальному провадженні має право отримувати лише відповідні копії документів. Доцільно зауважити, що ще у Висновку до Кримінального процесуального кодексу України (прийнятого Верховною Радою України в останньому читанні 13 квітня 2012 року) експертами зверталася увага на те, що сторона захисту має право на отримання від органів державної влади копій доку-

ментів, а не їх оригіналів. Проте необхідно забезпечити, щоб такі копії, завірені відповідним органом державної влади, мали таку саму доказову силу, як і оригінали документів (п. 64 Висновку) [3]. Водночас вказані рекомендації не були враховані законодавцем, що, своєю чергою, призвело до того, що слідчі (детективи), прокурори, судді не завжди визнають копії відповідних документів доказами у кримінальному провадженні, обґрунтовуючи це тим, що чинний КПК України у ч. 3 ст. 99 закріплює загальне правило, відповідно до якого сторона кримінального провадження, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, зобов'язані надати суду оригінал документа. На цю проблему звертають увагу й інші вітчизняні правники [4, с. 404; 5, с. 27; 6, с. 481; 7, с. 81].

З цього приводу І. В. Гловюк зазначає, що, заявляючи клопотання про визнання відомостей, що містяться у копіях документів, допустимими доказами, сторона захисту може посилатися на п. 2 ч. 5 ст. 99 КПК України: оригінал документа не може бути отриманий за допомогою доступних правових процедур, або клопотати перед судом про витребування оригіналу документа [8, с. 443; 9, с. 214]. Проте з такою точкою зору не можна в повній мірі погодитися з таких причин. По-перше, як показує практика у більшості випадків, коли захисники намагаються використати копії відповідних документів у кримінальному процесуальному доказуванні, посилаючись при цьому на положення п. 2 ч. 5 ст. 99 КПК України, слідчі (детективи), прокурори, судді не визнають їх допустимими доказами, обґрунтовуючи це тим, що: 1) сторона захисту повинна надавати суду лише оригінал документа (ч. 3 ст. 99 КПК України); 2) стороні захисту доцільно б було використовувати й інші передбачені КПК України засоби отримання оригіналів документів, які можуть бути використані як докази у кримінальному провадженні. По-друге,

хоча й на практиці досить поширеними є випадки подання захисниками клопотань слідчим (детективам), прокурорам, суддям про витребування оригіналів відповідних документів, водночас такий підхід є не зовсім правильним, оскільки він не забезпечує своєчасність отримання доказів у кримінальному провадженні. При цьому, непоодинокими на практиці є випадки, коли відповідні суб'єкти не можуть витребувати оригінали відповідних документів через їх фізичну втрату. На наш погляд, для забезпечення належної реалізації засади змагальності у кримінальному процесуальному доказуванні, захиснику потрібно надати можливість отримувати не лише копії документів, а й їх оригінали. Зазначимо, що 68% опитаних адвокатів вказали на те, що у їх практиці траплялися випадки, коли у результаті витребування документів вони отримували їх оригінали. На необхідність надання захиснику права отримувати оригінали документів вказує також і досвід окремих зарубіжних країн: ч. 4 ст. 91 КПК Киргизької Республіки [10]; п. 6 ч. 1 ст. 73 КПК Республіки Вірменія [11]; ч. 3 ст. 103 КПК Республіки Білорусь [12]; п. 1 ч. 3 ст. 122 КПК Республіки Казахстан [13]; п. 1 ч. 2 ст. 100 КПК Республіки Молдова [14]; п. 3 ч. 3 ст. 86 КПК Російської Федерації [15]; ч. 3 ст. 133 КПК Республіки Туркменістан [16]; ч. 3 ст. 143 КПК Республіки Азербайджан [17] та ін. Зважаючи на вищенаведене, на нашу думку, в ч. 3 ст. 93 КПК України словосполучення «копій документів» необхідно замінити на «документів або їх копій, завірених у встановленому порядку». При цьому зміст ч. 1 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» необхідно уточнити: фразу «... про надання інформації, копій документів, необхідних адвокату для надання правової допомоги клієнту» потрібно замінити на «про надання документів або їх копій, завірених у встановленому порядку, необхідних адвокату для надання правової допомоги клієнту».

У юридичній літературі окремими правниками цілком обґрунтовано висловлюється думка, що адвокатські запити мають суворо відповідати вимогам ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [18, с. 31; 19, с. 36]. Водночас проведений нами системний аналіз цієї статті Закону дає підстави для висновку, що в ній не зазначено яким конкретно вимогам повинен відповідати адвокатський запит. Указано лише, що: 1) адвокатський запит подається у письмовій формі (абз. 1 ч. 1); 2) до адвокатського запиту додаються посвідчені адвокатом копії свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, ордера або доручення органу (абз. 2 ч. 2). Необхідно зауважити, що відсутність чітких вимог до складання адвокатських запитів негативно позначається на реалізації засади змагальності у кримінальному процесуальному доказуванні, зокрема у діяльності захисника. У зв'язку з цим, на нашу думку, ч. 1 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» варто доповнити таким положенням: «Адвокатський запит має містити наступні відомості: 1) назву документа; 2) прізвище, ім'я та по батькові адвоката і вид адвокатської діяльності, що ним надається; 3) номер і дату видачі свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю адвоката, органу, що його видав; 4) прізвище, ім'я та по батькові або найменування особи (осіб), яких представляє адвокат; 5) перелік (зміст, опис) відомостей, документів (копій документів), предметів, висновків, офіційних роз'яснень та іншої інформації, які запитує адвокат; 6) адресу, на яку має бути надіслано відповідь на адвокатський запит; 7) вказівку на обов'язок адресата адвокатського запиту надати відповідь на адвокатський запит; 8) зобов'язання адвоката, відшкодувати адресатові адвокатського запиту його фактичні документально підтверджені витрати з надання відповіді (документів, матеріалів та їх копій) на адвокатський запит; 9) зазначення, що відмова в наданні інформації

на адвокатський запит, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання інформації, що не відповідає дійсності, тягнуть за собою відповідальність, установлену законом, крім випадків відмови у наданні інформації з обмеженим доступом; 10) дату складання адвокатського запиту; 11) підпис адвоката, який склав адвокатський запит, та його печатку.

Адресат адвокатського запиту має право не розглядати адвокатський запит, який оформлений із порушенням вимог цієї статті».

Варто зазначити, що на практиці захисники при складанні адвокатських запитів під час здійснення кримінального провадження у переважній більшості випадків обмежуються посиленнями лише на положення ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», згідно з яким їм надається право звертатися з цим документом до відповідних суб'єктів. У зв'язку з чим адресатам адвокатських запитів не завжди зрозуміло для чого необхідно надати відповідну інформацію, в яких цілях вона може бути використана. На наш погляд, захисникам при складанні адвокатських запитів потрібно посилатися не лише на положення ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», а також і на ч. 3 ст. 93 КПК України, оскільки саме положеннями КПК України регламентують процесуальний статус захисника як суб'єкта доказування у кримінальному провадженні. Посилання на ч. 3 ст. 93 КПК України відразу дає можливість відповідному адресату зрозуміти, що необхідні документи будуть використовуватися захисником для забезпечення захисту прав, свобод і законних інтересів підозрюваного (обвинуваченого).

Певні труднощі щодо реалізації права захисника на отримання доказів шляхом витребування документів створює законодавча колізія між положеннями ст. 24 і ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та ч. 3 ст. 93 КПК України. Так, відпо-

відно до ч. 1 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» захисник не має права звертатися з адвокатським запитом до фізичних осіб. Водночас п. 1 ч. 1 ст. 20 цього ж закону передбачено право захисника звертатися з адвокатськими запитами, у тому числі щодо отримання копій документів до фізичних осіб (за згодою таких фізичних осіб). Частиною 3 ст. 93 КПК України також визначено, що захисник має право витребувати відомості, копії документів від фізичних осіб. Наявність цієї законодавчої прогалини призводить до того, що захисникам не завжди вдається витребувати відповідні документи від фізичних осіб, що можуть бути використані як докази у кримінальному провадженні. Зважаючи на вищенаведене, з метою відповідності положень ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» положенням п. 1 ч. 1 ст. 20 цього ж закону та ч. 3 ст. 93 КПК України, ч. 1 та 2 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» потрібно доповнити таким суб'єктом як фізичні особи. Таку думку поділяють 98% опитаних адвокатів.

При поданні захисником адвокатського запиту орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їх посадові та службові особи, керівники підприємств, установ, організацій, громадських об'єднань зобов'язані не пізніше п'яти робочих днів з дня отримання запиту надати адвокатуві відповідну інформацію, копії документів, крім інформації з обмеженим доступом і копій документів, у яких міститься інформація з обмеженим доступом (ч. 2 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Виходячи з аналізу зазначеної норми, можемо зробити висновок, що захисник має право отримати будь-яку інформацію шляхом направлення адвокатського запиту, за винятком інформації з обмеженим доступом. Разом з тим ч. 3 ст. 93 КПК України не передбачено такого обмеження. У зв'язку з цим можемо зробити помилковий висновок, що

захисник у кримінальному провадженні має право витребувати будь-яку інформацію, у тому числі з обмеженим доступом. На нашу думку, законодавець при формулюванні ч. 3 ст. 93 КПК України допустився правової помилки, не зазначивши, що захисник не має права витребувати документи з обмеженим доступом. У цьому випадку потрібно керуватися положеннями ч. 2 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Саме таким шляхом йде і правозастосовча практика.

Варто зазначити, що однією з гарантій реалізації засади змагальності у кримінальному процесуальному доказуванні є закріплене у ч. 3 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» положення, відповідно до якого відмова в наданні інформації на адвокатський запит, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання інформації, що не відповідає дійсності, тягнуть за собою відповідальність, установлену законом. К. Є. Лисенкова вважає, що ця норма є лише декларативною, оскільки нормами матеріального права відповідальність за невиконання адвокатського запиту не встановлено, а тому, на її думку, КУпАП потрібно доповнити нормою, яка передбачала б відповідальність за відмову в наданні інформації на адвокатський запит, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання інформації, що не відповідає дійсності (окрім інформації з обмеженим доступом) [20, с. 9; 21, с. 93]. Подібну точку зору висловлює й І. Л. Чупрікова, зазначаючи, що гарантія надання відомостей, які вимагає захисник, робить його належним суб'єктом збирання доказів. Але знову ж таки ненадання адвокату даних, за якими він звертається, тягне за собою відповідальність, а яку саме законом не визначено [22, с. 66]. На наш погляд, позиції цих дослідників є необґрунтованими та такими, що суперечать положенням чинного законодавства України, оскільки Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів

України у зв'язку з прийняттям Законів України «Про інформацію» та «Про доступ до публічної інформації» від 27 березня 2014 р. № 1170-VII було внесено зміни до ст. 212–3 «Порушення права на інформацію та права на звернення» [23]. Цю статтю доповнено положенням, відповідно до якого неправомірна відмова в наданні інформації, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання інформації, що не відповідає дійсності, у відповідь на адвокатський запит, запит кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, її палати або члена відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» – тягне за собою накладення штрафу на посадових осіб від двадцяти п'яти до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян [24]. Окрім того, рішенням Ради адвокатів України затверджено «Порядок оформлення головою ради адвокатів Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва і Севастополя або уповноваженою радою члена ради адвокатів матеріалів про адміністративні правопорушення», яким визначено процедуру складання головою ради адвокатів Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва і Севастополя або уповноваженою радою члена ради адвокатів протоколів про адміністративні правопорушення за ст. 212–3 КУпАП та ведення діловодства у справах про адміністративні правопорушення [25].

Запровадження адміністративної відповідальності за відмову в наданні інформації на адвокатський запит, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання інформації, що не відповідає дійсності, відповідного суб'єкта безумовно підсилило ефективність реалізації засади змагальності у кримінальному процесуальному доказуванні. Разом з тим, на наш погляд, якщо захисник у рамках кримінального провадження отримує необґрунтовану відмову в наданні інформації на адвокатський запит, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання інформації, що не відпо-

відає дійсності, то дії такого суб'єкта слід розцінювати як вчинення перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника щодо надання правової допомоги у кримінальному провадженні. Тобто, у такому випадку особу необхідно притягувати до кримінальної відповідальності за ст. 397 КК України. На наше переконання, встановлення кримінальної відповідальності за відмову в наданні інформації на адвокатський запит захисника суттєво посилить ефективність здійснення доказування захисником у кримінальному провадженні. У зв'язку з цим пропонуємо викласти ч. 3 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» у такій редакції: «Відмова в наданні інформації на адвокатський запит, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання інформації, що не відповідає дійсності, тягнуть за собою відповідальність, передбачену ст. 212–3 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Відмова в наданні інформації на адвокатський запит, що поданий захисником, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання інформації захиснику, що не відповідає дійсності, тягнуть за собою відповідальність, передбачену ст. 397 Кримінального кодексу України».

Не дивлячись на те, що чинне законодавство України встановлює відповідальність за відмову в наданні інформації, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання інформації, що не відповідає дійсності, у відповідь на адвокатський запит, результати проведеного аналізу адвокатських запитів і відповідей на них свідчать про те, що на практиці непоодинокими є випадки, коли правоохоронні органи, до яких звертаються захисники з адвокатським запитом, відмовляють у наданні відповідної інформації на підставі того, що серед переліку документів, що подаються разом із адвокатським запитом, відсутній витяг з ЄРАУ про відповідного адвоката. Варто зазначити, що Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» ви-

значено вичерпний перелік документів, який подається разом із адвокатським запитом: копії свідцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, ордера або доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги. При цьому, вимагати від адвоката подання разом із адвокатським запитом інших документів забороняється (абз. 2 ч. 1 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Водночас надання витягу з ЄРАУ про відповідного адвоката зумовлене тим, що чинний КПК України у ч. 2 ст. 45 передбачає положення, відповідно до якого, захисником не може бути адвокат, відомості про якого не внесені до ЄРАУ або стосовно якого в ЄРАУ містяться відомості про зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю. Окремі правники зазначають, що така вимога може вважатися законною лише у випадку, коли слідчий, прокурор, слідчий суддя або суд у режимі прямого доступу до офіційного веб-сайту НААУ (<http://www.unba.org.ua>) не можуть перевірити відомості щодо конкретного адвоката у реєстрі адвокатів. У іншому випадку такі дії порушують правила процесуального закону [26, с. 14]. Також виникає питання, яким чином захисник може з'ясувати чи дійсно слідчий (детектив), прокурор або певний уповноважений суб'єкт не могли перевірити цю інформацію через наявність відповідних технічних чи інших причин, або вони умисно зловживали своїм правом, щоб захисник не міг своєчасно отримати відповідні документи. Аналіз матеріалів практики свідчить про те, що такі відмови серед слідчих (детективів), прокурорів чи працівників поліції є досить поширеним явищем. У зв'язку з цим, на нашу думку, з метою забезпечення своєчасного отримання захисниками відповідних документів, на підставі поданого адвокатського запиту, пропонуємо в п. 2 ч. 1 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» серед переліку документів, що подають-

ся разом із адвокатським запитом, передбачити витяг з ЄРАУ.

Результати проведеного аналізу матеріалів правозастосовчої практики свідчать про те, що найчастіше відмови у наданні інформації, документів на адвокатський запит зумовлені тим, що відповідна інформація містить документи з обмеженим доступом. Так, наприклад, досить часто у захисників під час досудового розслідування виникає необхідність у з'ясуванні відомостей про стан здоров'я підозрюваного, історію хвороби, мету запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, наявність ризику для життя і здоров'я. Таку інформацію захисник міг би отримати шляхом направлення адвокатського запиту. Водночас на практиці працівники закладів охорони здоров'я відмовляють у наданні такої інформації, оскільки її зміст становить лікарську таємницю. Така ситуація зумовлена тим, що ст. 39–1 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» передбачено положення, що фізична особа має право на таємницю про стан свого здоров'я, факт звернення за медичною допомогою, діагноз, а також про відомості, одержані при її медичному обстеженні. Батьки (усиновлювачі), опікун, піклувальник мають право на отримання інформації про стан здоров'я дитини або підопічного [27]. Окрім того, у рішенні Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення ст. ст. 3, 23, 31, 47, 48 Закону України «Про інформацію» та ст. 12 Закону України «Про прокуратуру» (справа К. Г. Устименка) від 30 жовтня 1997 р. № 5 зазначено, що медична інформація, тобто свідчення про стан здоров'я людини, історію її хвороби, про мету запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, в тому числі й про наявність ризику для життя і здоров'я, за своїм правовим режимом належить до конфіденційної, тобто інформації з обмеженим доступом. Лікар зобов'я-

заний на вимогу пацієнта, членів його сім'ї або законних представників надати їм таку інформацію повністю і в доступній формі [28]. Таким чином, захисник позбавлений можливості витребувати відповідні документи шляхом подання адвокатського запиту.

З цього приводу О.Ю. Лань, досліджуючи питання участі захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні щодо неповнолітніх, пропонує ст. 39 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» та главу 38 КПК України доповнити таким положенням: «Захисник, що здійснює захист неповнолітнього у кримінальному провадженні, має право на отримання інформації про стан його здоров'я, історію хвороби, мету запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, наявність ризику для життя і здоров'я неповнолітнього. Для отримання відповідної інформації захисник повинен подати адвокатський запит, до якого додаються письмова згода законних представників на отримання відповідної інформації, посвідчені адвокатом копії свідчення про право на заняття адвокатською діяльністю, ордеру або доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги. Вимагати від захисника подання разом із адвокатським запитом інших документів заборонено» [29, с. 149; 30, с. 11–12]. Такі пропозиції є цілком обґрунтованими, проте, на наш погляд, не лише захисник неповнолітнього підозрюваного повинен мати право на витребування інформації про стан його здоров'я, історію хвороби, мету запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, наявність ризику для життя і здоров'я неповнолітнього, а також і захисник підозрюваної дорослої особи та адвокат-представник.

У науковій літературі окремі вчені пропонують надати захиснику можливість не лише витребувати інфор-

мацію, що становить лікарську таємницю, а також й іншу інформацію з обмеженим доступом. Так, А.В. Леонтьєв зазначає, що було б розумно через нотаріуса надати можливість адвокатам-захисникам запитувати відомості, пов'язані з різними видами таємниць. Саме нотаріус буде отримувати відповідь, що містить таємницю, і вирішувати – чи передавати дану відповідь адвокату [31, с. 138]. Така позиція, на наш погляд, є дещо дискусійною з декількох причин. По-перше, у таких випадках діяльність захисника щодо витребування документів шляхом подання адвокатського запиту, насамперед, залежатиме від нотаріуса. У тому разі, якщо нотаріус відмовить у наданні відповідних документів, то яким чином захисник зможе перевірити обґрунтованість причин такої відмови. По-друге, ознайомлення нотаріуса із запитуваними документами може призвести до порушення адвокатської таємниці, державної таємниці тощо.

В.А. Калюжна пропонує закріпити в законі право адвоката-захисника витребувати від підприємств і організацій відомості, необхідні для захисту, навіть, якщо ці відомості складають професійну і службову таємницю. У таких випадках у адвоката необхідно відбирати розписку про те, що дані відомості ним можуть бути повідомлені лише слідчому, прокурору чи суду [32, с. 13]. Водночас з цією думкою не можна цілком погодитися. Адже, в такому випадку захисник матиме можливість витребувати документи, що становлять державну чи службову таємницю. Варто зазначити, що відомості, які входять до неї, мають певний правовий режим. Коло осіб, що мають до неї доступ, суворо обмежені законом. Більше того, порядок отримання такого доступу передбачає суворо процедуру, що здійснюється спеціально уповноваженими органами, які не є суб'єктами кримінально-процесуальної сфери (перевірка особи на предмет допустимості до відомостей, висновок про можливість допуску до них). Тому інтереси особи, напри-

клад, захисника, не можуть переважати над інтересами держави, яка охороняє ці відомості [33, с. 93]. Окрім того, викликає заперечення й твердження В. А. Калюжної з приводу того, що в адвоката необхідно відбирати розписку про те, що ці відомості ним можуть бути повідомлені лише слідчому, прокурору чи суду, оскільки у такому випадку діяльність захисника як суб'єкта доказування, на якого покладається обов'язок збереження адвокатської таємниці (ч. 3 ст. 22 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»), втратить свою сутність.

Згідно з п. 21 Основних принципів, що стосуються ролі юристів, від 07 вересня 1990 р., компетентні органи зобов'язані забезпечувати юристам достатньо завчасний доступ до належної інформації, досьє і документів, що знаходяться в їхньому розпорядженні або під їх контролем, з тим щоб юристи мали можливість надавати ефективну юридичну допомогу своїм клієнтам. Такий доступ повинен забезпечуватися як тільки в цьому виникає потреба [34]. Окрім того, зважаючи на те, що на захисника покладається обов'язок збереження адвокатської таємниці, захисник повинен мати право витребувати від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, підприємств, установ і організацій незалежно від форми власності та підпорядкування, громадських об'єднань, фізичних осіб будь-які документи, що необхідні для надання правової допомоги, крім тих, що становлять державну та службову таємницю. Слід зазначити, що такий підхід закріплено у кримінальному процесуальному законодавстві окремих зарубіжних країн. Так, зокрема п. 6 ч. 1 ст. 73 КПК Республіки Вірменія передбачено, що захисник має право витребувати у різних організацій довідки, характеристики та інші документи, якщо вони не містять державної або службової таємниці. Останні зобов'язані в установленому порядку надавати ці документи або їх копії [11]. Зважаючи на вищезна-

чене, ми пропонуємо викласти ч. 2 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» у такій редакції: «Орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їх посадові та службові особи, керівники підприємств, установ, організацій, громадських об'єднань, фізичні особи, яким направлено адвокатський запит, зобов'язані не пізніше п'яти робочих днів з дня отримання запиту надати адвокатуві документи або їх копії, завірені в установленому порядку, крім документів і їх копій, що становлять державну та службову таємницю». Відповідні зміни також необхідно внести до ч. 3 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Варто зазначити, що навіть, якщо захисник у кримінальному провадженні отримує в результаті подання адвокатського запиту документи, що свідчать про невинуватість підозрюваного (обвинуваченого) або можуть вплинути на пом'якшення покарання чи звільнення від кримінальної відповідальності, то вони не будуть визнаватися допустимими доказами у кримінальному провадженні, оскільки, згідно з ч. 1 ст. 86 КПК України доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому КПК України. З урахуванням цього на практиці непоодинокими є випадки, коли слідчі (детективи), прокурори, судді не визнають допустимими доказами документи, отримані у результаті подання адвокатських запитів. З огляду на вищезазначене не можна цілком погодитися з позицією тих учених, які зазначають, що положення кримінального процесуального закону дозволяють стороні захисту лише збирати докази шляхом витребування речей, копій документів, відомостей висновків, експертів, висновків ревізій, актів перевірок [35, с. 98]. Фактично у результаті подання захисником адвокатського запиту отримуються предмети з документами, які набувають процесуальний статус документів-доказів або речових-доказів лише після їх огляду слідчим, прове-

денням експертного дослідження [36, с. 125] прокурором, слідчим суддею, судом. У такому випадку захисник опиняється в повній залежності від сторони обвинувачення, що, своєю чергою, призводить до неефективності здійснення доказування захисником у кримінальному провадженні, оскільки сторона обвинувачення не завжди визнає отримані захисником документи доказами у кримінальному провадженні, а також свідчить про відсутність належної реалізації засади змагальності у кримінальному процесуальному доказуванні. З огляду на зазначене, вважаємо за доцільне доповнити ч. 3 ст. 93 КПК України таким положенням: «Витребування захисником документів або їх копій, завірених у встановленому порядку, за винятком документів чи їх копій, що становлять державну та службову таємницю, здійснюється шляхом подання адвокатського

запиту в порядку, передбаченому Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Виходячи з вищенаведеного, можемо зробити висновок, що витребування як засіб отримання доказів захисником у кримінальному провадженні – це процесуальна дія, яка полягає у поданні захисником адвокатського запиту до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб у порядку, передбаченому ч. 3 ст. 93 КПК України та ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», з вимогою про добровільне надання документів або їх копій, завірених у встановленому порядку, що мають значення для кримінального провадження, за винятком документів чи їх копій, що становлять державну та службову таємницю.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. База даних Законодавство України / ВР України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення 12.09.2017).
2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05 січня 2017 р. № 5076-17. База даних Законодавство України / ВР України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5076-17> (дата звернення 12.09.2017).
3. Висновок щодо проекту Кримінально-процесуального кодексу України, підготовлений Директоратом з питань правосуддя та захисту людської гідності, Генерального директорату. Права людини і верховенство права. Страсбург, 2011. 90 с.: URL: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/expertises/Opinion_Draft_CPC-UA_Ukrainian.pdf (дата звернення 12.09.2017).
4. Лань О.Ю. Захисник – суб'єкт доказування у кримінальному провадженні. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. 2013. № 4 (68). С. 440–448.
5. Журавель В.А. Слідчі (розшукові) дії як засоби формування доказів за чинним Кримінальним процесуальним кодексом України. Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. 2013. Вип. 13. С. 22–30.
6. Погорецький М.А. Захисник – суб'єкт доказування на досудовому провадженні за чинним КПК України: проблемні питання. Актуальні питання державотворення в Україні: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (23 травня 2014 року). Редкол.: д.ю.н. І.С. Гриценко (голова), проф. П.С. Берзін (заст. голови), к.ю.н. І.С. Сахарук (відп. ред.). К.: Принт-Сервіс, 2014. С. 480–482.
7. Татаров О.Ю., Чернявський С.С. Участь захисника у кримінальному провадженні: проблеми законодавчого врегулювання. Вісник кримінального судочинства. 2015. № 2. С. 77–84.
8. Гловюк І.В. Кримінально-процесуальні функції: теорія, методологія та практика реалізації на основі положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 р.: монографія. Одеса: Юрид. літ., 2015. 712 с.
9. Гловюк І.В. Кримінально-процесуальні функції: теоретико-методологічні засади і практика реалізації: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2016. 602 с.
10. Уголовно-процесуальный кодекс Кыргызской Республики от 30 июня 1999 г. URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ru/kg/kg142ru.pdf> (дата обращения 12.09.2017).
11. Уголовно-процесуальный кодекс Республики Армения от 01 июля 1998 г. URL: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1450&lang=rus#7>.

12. Уголовно-процесуальний кодекс Республіки Беларусь от 16 июля 1999 г. URL: http://etalonline.by/?type=text®num=НК9900295#load_text_none_1 (дата обращения 12.09.2017).
13. Уголовно-процесуальний кодекс Республіки Казахстан от 04 июля 2014 г. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852 (дата обращения 12.09.2017).
14. Уголовно-процесуальний кодекс Республіки Молдова от 14 марта 2003 г. URL: http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=3833 (дата обращения 12.09.2017).
15. Уголовно-процесуальний кодекс Российской Федерации от 18 дек. 2001 г. URL: <http://www.consultant.ru/popular/upkrf> (дата обращения 12.09.2017).
16. Уголовно-процесуальний кодекс Туркменистана: Закон Туркменистана от 18 апр. 2009 г. URL: http://www.base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=27706 (дата обращения 12.09.2017).
17. Уголовно-процесуальний кодекс Азербайджанской Республики от 14 июля 2000 г. № 907-П URL: https://www.unodc.org/tldb/pdf/Azerbaijan_Code_of_Criminal_Procedure_in_Russian_Full_text.pdf (дата обращения 12.09.2017).
18. *Гравовський Ю.* Адвокатські запити: шляхи само- та взаємозахисту адвокатів. Адвокатське бюро. 2013. № 2 (2). С. 28–32.
19. *Степ'юк В.* Забезпечення прав адвокатів на одержання інформації (практичні поради). Адвокатське бюро. 2013. № 2 (2). С. 33–36.
20. *Лисенкова К. С.* Принцип змагальності сторін у досудовому розслідуванні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Нац. акад. прокуратури України. К., 2016. 253 с.
21. *Лисенкова К. С.* Принцип змагальності сторін у досудовому розслідуванні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Нац. акад. прокуратури України. К., 2016. 20 с.
22. *Чупрікова І. Л.* Допустимість доказів у світлі нового кримінального процесуального кодексу: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». Одеса, 2016. 191 с.
23. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про інформацію» та Закону України «Про доступ до публічної інформації»: Закон України від 27 березня 2014 р. № 1170-VII. База даних Законодавство України / ВР України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення 12.09.2017).
24. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 07 грудня 1984 р. № 8073-X. URL: zakon4.rada.gov.ua/laws/show/80731-10 (дата звернення 12.09.2017).
25. Порядок оформлення головою ради адвокатів Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва і Севастополя або уповноваженою радою члена ради адвокатів матеріалів про адміністративні правопорушення: Рішення Ради адвокатів України від 17 грудня 2012 р. № 27. URL: <http://kmdka.com/rada-advokativ-mista-kiieva/poryadok-oformlennya-administrativnogo-protokolu> (дата звернення 12.09.2017).
26. *Банчук О. А., Дмитрієва І. О., Лобойко Л. М., Саїдова З. М.* 35 неформальних практик у кримінальному судочинстві України. К.: «Арт-Дизайн», 2014. 48 с.
27. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19 листопада 1992 р. № 2801-XII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2801-12> (дата звернення 12.09.2017).
28. Щодо офіційного тлумачення статей 3, 23, 31, 47, 48 Закону України «Про інформацію» та статті 12 Закону України «Про прокуратуру» (справа К. Г. Устименка): Рішення Конституційного суду України від 30 жовтня 1997 р. № 5-зп. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-97> (дата звернення 12.09.2017).
29. *Лань О. Ю.* Захисник як суб'єкт доказування у досудовому розслідуванні кримінальних проваджень щодо неповнолітніх: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2016. 226 с.
30. *Лань О. Ю.* Захисник як суб'єкт доказування у досудовому розслідуванні кримінальних проваджень щодо неповнолітніх: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2016. 18 с.
31. *Леонтьев А. В.* Участие адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам. М.: Издательский дом, 2014. 240 с.
32. *Калюжная В. А.* Процессуальные и тактические проблемы участия защитника в следственных действиях: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Кубанс. гос. ун-т. Краснодар, 1998. 16 с.
33. *Краскова И. С.* Защитник как субъект доказывания на досудебных стадиях уголовного процесса: дисс. ... канд. юрид. наук.: 12.00.09. М., 2008. 164 с.
34. Основні принципи, що стосуються ролі юристів, від 07 вересня 1990 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_313 (дата звернення 12.09.2017).
35. *Лоскутов Т. О.* Предмет регулювання кримінального процесуального права: монографія. Донец. юрид. ін-т МВС України. Київ: Юрид. світ, 2016. 416 с.
36. Кримінальний процес: підручник. Ред.: В. В. Коваленко, Л. Д. Удалова, Д. П. Письменний. К.: ЦУЛ, 2013. 544 с.

Starenkyi O. Documents reclamation as a manner of obtaining evidence by a defender in criminal proceedings: problems of determining the procedural form

Based on the results of the analysis of the provisions of the current criminal procedural legislation of Ukraine, materials of law practice, scientific sources, the author analyses the problem issues of determining the procedural form of documents reclamation as a manner of obtaining evidence by a defender in criminal proceedings.

The article argues that the domestic legislator did not specify in the current CPC of Ukraine the procedure of the documents reclamation by the defender in criminal proceedings. The results of the analysis of materials of criminal proceedings provide grounds for the author's conclusion that, in practice, the documents reclamation of a defender, addressed to the state bodies, local self-governmental bodies, enterprises, institutions, organizations, officials and individuals or reclamation their copies is carried out by submitting advocates' request in accordance with the procedure provided by the Law Of Ukraine «On Advocacy».

The author formulates a list of requirements, which must meet the lawyer's documents reclamation, and proposes to make appropriate amendments to Part 1 of Art. 24 of the Law of Ukraine «On Advocacy».

The article underlines that the documents, received as a result of submission of the advocate's reclamations will not be recognized as admissible evidence in criminal proceedings, since, according to Part 1 of Art. 86 of the CPC of Ukraine is admissible if it has been obtained in accordance with the procedure established by the CPC of Ukraine. In view of this point, in practice, cases where investigators (detectives), prosecutors, judges do not recognize admissible evidence documents obtained as a result of the submission of advocate's request are not common. In this regard, it is proposed to supplement Part 3 of Art. 93 of the CPC of Ukraine, the following provision: «The documents reclamation, is made by the defendant, of or reclamation their copies, certified in the established procedure, with the exception of documents or copies thereof, which constitute state and official secret, shall be carried out by filing a advocate's request in the manner prescribed by the Law of Ukraine «On Advocacy».

Keywords: lawyer, proof, documents reclamation, advocate's request, adversarial principle.

Стаття надійшла до редакції журналу 20.09.2017 р.